

## CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN AGUAS EMBALSADAS POR UNA CENTRAL HIDROELÉCTRICA

*Alejandro Vergara Blanco*  
Profesor de Derecho de Aguas  
Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. 1. *Derechos anteriores para embalsar aguas*. 2. *Autorizaciones para la construcción de obras (presa)*. 3. *Operación de las centrales hidroeléctricas y embalses*. 4. *Solicitud de un particular interesado*. II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UN EMBALSE. III. CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR LA AUTORIDAD. PARA SER CAPTADAS LAS AGUAS DESDE UN EMBALSE. IV. CONCLUSIONES.

Analizo en este escrito la legitimidad de la constitución de derechos de aprovechamiento en aguas embalsadas. Específicamente, analizo la posibilidad jurídica de constituir unos derechos de aprovechamiento de aguas, para uso consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio eventual y continuo, cuyo punto de captación se encontraría situado en una zona que antiguamente constituía la ribera de un río y que, actualmente, está inundada por el embalse producido por una presa legalmente construida, previamente

autorizada por la Administración, y de propiedad de una empresa hidroeléctrica.

Con el objetivo de contestar estas cuestiones, dividiré el trabajo en tres partes. En la primera expondré los antecedentes del caso que resultan relevantes. En la segunda abordaré la situación jurídica de un embalse y las consecuencias jurídicas de su construcción. En la tercera me pronunciaré sobre la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento en aguas que forman parte de un embalse. Cierran este escrito las conclusiones de rigor.

### I. ANTECEDENTES<sup>1</sup>

Refiérese este análisis, en concreto, a un embalse destinado a la generación de energía eléctrica, y a unos derechos de aguas, nuevos, que se desea constituir a favor de un interesado, para ser captadas desde tal embalse.

#### 1. *Derechos anteriores para embalsar aguas*

A través de una Resolución de la Dirección General de Aguas, se constituyó un derecho de aprovechamiento no consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio permanente y continuo, en el río xx, por un caudal medio anual de xx

metros cúbicos por segundo, en favor de la empresa hidroeléctrica. Tales aguas se utilizarían, según lo declaraba tal resolución, "en una central hidroeléctrica", y "se captarán gravitacionalmente desde un punto ubicado en la ribera izquierda del río xx, a unos xx m aguas arriba de un sitio geográfico xx, y se restituirán al mismo río en un punto situado a unos xx kilómetros aguas abajo del punto de captación".

En tal resolución se indican los derechos que debe respetar la concesionaria, y la oportunidad de uso de las aguas, todo ello "de acuerdo con las necesidades de operación de la central hidroeléctrica". Se indica que "la titular del derecho deberá constituir, en su oportunidad, las servidumbres que correspondan". En fin, se indica que la titular del derecho de aprovecha-

<sup>1</sup>Esta situación corresponde a un caso real. Para esta publicación se omiten los datos concretos, o se reemplazan por los signos "xx".

miento deberá solicitar a la Dirección General de Aguas "la autorización de construcción de bocatomas y de las obras de embalse, de conducción y de restitución", como asimismo "la aprobación (...) de los proyectos correspondientes a las modificaciones de obras", todo ello de acuerdo, respectivamente, a los artículos 151 a 157, 294 a 297 y 41 y 171 del Código de Aguas.

## 2. Autorizaciones para la construcción de obras (presa)

Respecto de la construcción de las obras de embalse (presa) y de conducción de las aguas necesarias para la central hidroeléctrica, una Resolución de la Dirección General de Aguas aprobó y autorizó la construcción del embalse respectivo y el funcionamiento de la central hidroeléctrica respectiva.

Son además relevantes, al respecto, diversas resoluciones de la misma Dirección, todas las cuales en sustancia, señalan:

- a) Que las dotaciones de los canales previos, existentes antes del embalse, y que ahora quedarán inundados. "*se abastecerán directamente desde el embalse, en forma gravitacional*".
- b) En virtud a que en la construcción del embalse se debían respetar los derechos de agua anteriores "*la operación de embalse deberá efectuarse de tal modo que permita la entrega de los derechos de los canalistas de área*".
- c) En fin, la Dirección General de Aguas señaló: "*La operación del embalse (...) deberá realizarse de modo de respetar los derechos de aprovechamiento existentes en el río xx (...), asegurando que las entregas a los canales se efectuarán a las cotas adecuadas*". Esta última declaración es una demostración del cambio de lugar de captación de los derechos de aguas de los canalistas.

## 3. Operación de las centrales hidroeléctricas y embalses

En la actualidad, y en virtud de los derechos de aguas y permisos de obras y servidumbres respectivos, antecedentes que ya fueron reseñados, opera la central hidroeléctrica, a partir del embalse respectivo.

En lo que interesa, la central hidroeléctrica tiene una presa de xx metros de altura, ubicada en el lugar geográfico llamado xx del río xx, y

tiene una capacidad de embalse de aproximadamente xx millones de metros cúbicos de agua. Este embalse, en su coronamiento, alcanza hasta una cota determinada, calculada sobre la base de metros sobre el nivel del mar. La "punta" del embalse (esto es, el lugar en que las aguas del río se confunden con las embalsadas) se produce en un lugar determinado o determinable del río xx, y dice estrecha relación con la altura de la presa, y con la operación de la central hidroeléctrica.

El beneficio hidroeléctrico de este embalse se realiza a través de una central generadora. Su localización responde a la idea de aprovechar un desnivel de xx metros, existentes entre el lecho del río en el sitio de la presa y dicha zona que permite un salto de xx metros.

La operación de esta central hidroeléctrica se produce hoy en día de acuerdo a los derechos de aprovechamiento y autorizaciones administrativas ya reseñados.

## 4. Solicitud de un particular interesado

Un particular interesado ha solicitado derechos de aprovechamiento consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio eventual y continuo, en el río xx, por un volumen de xx millones de metros cúbicos, cuyas aguas se captarán "desde la orilla derecha del río xx", en un punto geográfico determinado. Esta petición implica lo siguiente:

- a) Se señala un punto de captación en un lugar actualmente inundado por el embalse xx, resultando inexacto referirse a "orilla izquierda del río xx", pues tal río en ese sitio ya no existe como tal, y ha sido reemplazado por el fondo del embalse xx.
- b) Se dispone que la captación y conducción de las aguas se realizarán a partir de la obra artificial denominada embalse xx, utilizando para ello tal obra artificial, de propiedad ajena.
- c) En suma, se propone constituir el derecho de aprovechamiento, disponiendo al mismo tiempo que el dueño del embalse, en sus obras de conducción de una central hidroeléctrica, deba soportar tal gravamen.

Esta descripción de hechos será analizada enseguida teniendo a la vista el derecho.

## II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UN EMBALSE

Un embalse es, según la ley, una "obra artificial donde se acopian aguas" (art. 36 inciso 2º Código de Aguas). Es un depósito artificial de aguas, que quedan detenidas transitoriamente (art. 2 inc. 4º Código de Aguas). No son sus aguas, entonces, "aguas corrientes", sino detenidas, y no se encuentran en una fuente natural, sino en una obra artificial.

El acopio de las aguas implica la retención temporal de las mismas, lo que es indispensable cuando se trata de generar energía eléctrica.

Los derechos de aprovechamiento de aguas de las empresas hidroeléctricas están dirigidos a retener transitoria y temporalmente el agua en un embalse, para luego ser utilizada en las turbinas respectivas, y devueltas al cauce natural, de acuerdo a su título y a la ley.

Para el acopio del agua en embalses no es necesario un derecho de aguas consuntivo. Es un derecho de aguas no consuntivo el derecho hábil para este acopio transitorio, puesto que el agua, si bien está detenida, no se consumirá, sino que será devuelta luego de utilizada.

El acopio artificial de las aguas, quitándoles transitoriamente su carácter de aguas corrientes en fuente natural, es esencial para la operación de una central hidroeléctrica, y forma parte central del ejercicio de sus derechos.

*Las consecuencias jurídicas de la existencia de un embalse, a partir de la definición anterior, son en sustancia las siguientes:*

1º La construcción de la barrera de contención, y como consecuencia del acopio artificial de aguas, desaparece transitoriamente la "Corriente" o río anterior y sus riberas u "orillas": pasando a ser reemplazados por lo que propiamente llamamos "embalse". Se originan nuevas "riberas" o "Cotas de llenado"; en otras palabras, el cauce natural de aguas corrientes pasa a ser reemplazado por un embalse de aguas detenidas transitoriamente, según se desprende, por lo demás, de los artículos 2º inciso 4º y 36 inciso 2º del Código de Aguas, ya citados.

2º A partir de estas alteraciones físicas de la cuenca, se altera jurídicamente la forma de distribución y de captación de los derechos de aguas de los titulares de derechos antiguos. En efecto, según ya se dijo, como consecuencia de

la desaparición fáctica y jurídica de una fuente natural (río), ésta es reemplazada transitoriamente por un acopio artificial de aguas, producido por la barrera de contención.

3º Las antiguas captaciones de titulares de derechos de aguas, situadas en las riberas del desaparecido río, se alteran fáctica y jurídicamente, y pasan a quedar situadas en los puntos de coronamiento de las aguas del embalse, o sitios de las cotas más altas del embalse, según sea la cantidad de agua acopiada y la altura que alcance el embalse respectivo. De estos cambios de captaciones se deja testimonio explícito o implícito en las autorizaciones de obra de las respectivas barreras.

Si bien es ésta una materia a la cual no se refiere en forma expresa la legislación, a mi juicio, al momento de aprobarse los proyectos respectivos y autorizarse la construcción de un embalse, en virtud del artículo 295 del Código de Aguas, tal autorización comprende las modificaciones de cauces naturales o artificiales a que se refieren los artículos 41 y 71 del Código de Aguas, como las modificaciones de ubicación de las obras y lugares de captación a que se refieren los artículos 151 y siguientes del mismo Código. Éste es el único modo de comprender las alteraciones físicas producidas por un embalse, respecto de la captación de sus aguas por parte del dueño de la presa. De otro modo, tendríamos que pensar que respecto de un embalse no hay "punto de captación", sino sólo "llenado", a partir de la corriente del río.

Esta ambigüedad, en todo caso, podría salvarse en el reglamento especial a que se refiere el artículo 295 inciso 2º del Código de Aguas, que hasta ahora no ha sido dictado.

4º Entonces, este cambio de lugar de captación de las aguas afecta al titular de los derechos de aprovechamiento no consuntivos que construye la barrera que posibilita el embalse. Así, si la resolución respectiva que creó tales derechos fijó un lugar de captación que posteriormente quedó inundado en virtud del acopio de aguas autorizado por una resolución posterior, en este caso, el lugar de captación, fáctica y jurídicamente, lo constituirá, a partir del acopio de aguas, el lugar en que las aguas corrientes se

confunden con las aguas embalsadas, según las cotas más altas de embalse autorizadas.

Esto ocurre así pues el llenado del embalse, que hizo desaparecer fáctica y jurídicamente el río, y los conceptos de ribera y orilla:

- a) inundó los antiguos lugares de captación de los canales existentes, produciéndose, en los hechos y en el derecho, un cambio de lugar de captación de tales canales desde la orilla del río que desaparece, hasta la cota de coronamiento del embalse, donde se tendrán que construir nuevas obras de captación; y
- b) inundó incluso el lugar signado en su título de derecho de aprovechamiento como lugar de captación (en este caso, la ribera izquierda del río xx, a xx metros del canal xx, hoy inundado), produciéndose, en los hechos y en el derecho, un cambio de lugar de captación de sus aguas, desde la orilla del río que desaparece hasta el lugar en que el río deposita las aguas en el embalse, en su cota más alta, y éstas dejan de ser "corrientes" y pasan a ser "embalsadas" o "detenidas" transitoriamente.

5º Otra consecuencia natural es que el agua embalsada sólo puede ser libremente usada, según sus títulos, por el dueño de la obra de contención del embalse, salvo derechos ajenos previamente constituidos y que le obligan a dejar escurrir libremente las aguas correspondientes.

En otras palabras, las aguas embalsadas no están disponibles para usos ajenos, ni para nuevas peticiones de derechos, ni para el otorgamiento de ellos por la autoridad, lo cual es confirmado por los artículos 18 inciso 2º, que prohíbe constituir derechos de ejercicio eventual sobre las aguas embalsadas o detenidas (la razón lógica es que no hay aquí aguas corrientes ni "sobrantes"), y 22, que sólo autoriza crear

nuevos derechos de aguas cuando éstas se encuentran disponibles en fuentes estatales de desarrollo del recurso o en fuentes naturales: y, como resulta claro, el embalse artificial xx no es ni obra estatal de desarrollo del recurso ni es "fuente natural", pues es un embalse artificial privado.

6º Adicionalmente, el álveo o cauce natural antiguo ha desaparecido bajo las aguas, por lo que ya no existe como tal, y se ha confundido con las antiguas tierras ribereñas actualmente inundadas, las que, por intermedio de las servidumbres de inundación del caso, han pasado a constituir el "fondo de embalse", el que no es posible confundir con un cauce natural, como lo define el artículo 30 del Código de Aguas, sino más bien como parte de una obra artificial, sujeta a una operación hidroeléctrica especial y en ningún caso disponible para el otorgamiento de nuevos derechos.

7º A raíz de este acopio artificial de aguas en virtud de las obras de un privado, nace un derecho de propiedad, como situación fáctica y jurídica, de la obra artificial de acopio de agua, llamada barrera o represa, y que posibilita el "embalse".

Para la configuración de un embalse privado, entonces, es necesario que se cumplan al menos los siguientes requisitos: uno, la construcción de una obra denominada represa o barrera, en virtud de la cual se acopiarán y detendrán transitoriamente unas aguas, formando un "embalse"; y dos, ser titular de unos derechos de aprovechamiento que faculten para acopiar la cantidad de aguas suficiente para alcanzar una cota determinada y autorizada previamente por la autoridad.

Estas circunstancias permiten derivar a su titular hasta una situación jurídica que no puede ser modificada por actos posteriores sin afectar la esencia de sus derechos.

### III. CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR LA AUTORIDAD, PARA SER CAPTADAS LAS AGUAS DESDE UN EMBALSE

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 del Código de Aguas, la autoridad sólo está llamada a crear derechos sobre aguas existentes en fuentes

naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2º, 3º, 31, 34 y 35 del Código de Aguas, estas fuentes naturales en que se crean derechos de aguas son, especialmente, aquellas en que se encuentran aguas "corrientes", pues las aguas detenidas tienen otro estatuto, ligado a la propiedad del suelo que las retiene.

Un embalse es un acopio artificial de aguas, que por tal razón quedan detenidas transitoriamente (véase art. 2º inciso 4º del Código de Aguas), las cuales no pueden ser objeto de derechos de aguas, en especial de derechos de ejercicio eventual, como lo declara expresamente el art. 18 inc. 2º del Código de Aguas.

En otras palabras, un embalse no es un río, ni menos una fuente natural. Un embalse es precisamente un accidente artificial de un río, que lo interrumpe, altera o modifica, tanto en su álveo como en el escurrimiento de las aguas. Así:

- a) Al no existir álveo de un río, no existen fáctica ni jurídicamente orillas o riberas donde establecer una obra de captación: sólo existe fondo de embalse u orilla de embalse, la que puede variar significativamente según la operación autorizada de una central hidroeléctrica. Por tal razón es imposible ya disponer de un "lugar de captación" para nuevos derechos;
- b) En un embalse ya no "escurren" las aguas: ya no hay aguas "corrientes", como en un río,

sino que existen aguas acopiadas artificialmente, por una obra de embalse, que ha sido autorizada; y estas aguas sólo volverán a escurrir luego de ser devueltas al cauce natural en el lugar de devolución que establezca el título de los derechos de aprovechamiento que originaron el embalse. Por lo tanto, no es posible constituir derechos sobre estas aguas embalsadas, por no escurrir en fuentes naturales.

De este modo, como se ha determinado por la jurisprudencia administrativa respecto de toda obra artificial (véanse dictámenes de la Contraloría General de la República N.ºs 29.228, de 1984 y 28.061, de 1985), la Dirección General de Aguas no tiene facultades para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas que se captarán desde obras artificiales, sino sólo desde fuentes naturales, *a menos que el dueño de la obra artificial lo consienta expresamente.*

En virtud de lo anterior, en caso de que exista disponibilidad de aguas en un río determinado, y sea legalmente procedente, sólo será posible otorgar derechos de aprovechamiento si sus lugares de captación se sitúan antes de que el río confunda sus aguas con el embalse en su cota máxima autorizada, o después que el titular de los derechos de aprovechamiento no consuntivos que posibilitan el funcionamiento de la central hidroeléctrica las devuelva nuevamente al cauce natural.

#### IV. CONCLUSIONES

1º No es posible constituir derechos de aprovechamiento de aguas respecto de aguas acopiadas en embalses particulares. Las aguas detenidas artificial y transitoriamente en virtud de una barrera de propiedad de terceros para la operación de una central hidroeléctrica no están disponibles, pues no constituyen aguas corrientes existentes en una fuente natural, y la autoridad sólo tiene facultades para constituir derechos de aprovechamiento respecto de aguas disponibles en fuentes naturales.

Sólo podría constituirse derechos de aprovechamiento si las aguas van a ser captadas antes del lugar en que técnica y jurídicamente desa-

parece el río (lo que se produce al confundirse sus aguas con las acopiadas en la cota más alta del embalse); o después que el titular del derecho respectivo las haya devuelto al cauce natural, recomenzando el curso del río.

2º La autoridad sólo tiene facultades, en su caso, para constituir derechos de aprovechamiento de aguas, y en ningún caso puede disponer de bienes privados de terceros, lo que está entregado al libre acuerdo de las partes o de los tribunales de justicia. En virtud de lo anterior, la autoridad no puede constituir un derecho disponiendo que la captación de las aguas, captación y ejercicio del derecho, se realizará utili-

zando obras de conducción del complejo hidroeléctrico xx, sin la expresa autorización de sus dueños.

3º Los derechos de aprovechamiento no consuntivos para la generación hidroeléctrica, que se ejercen mediante su acopio en embalses para luego ser usados y restituidos de acuerdo a su título, no pueden ser afectados ni en su lugar de acopio, ni en su cantidad, ni en su oportunidad de uso, mediante la creación de nuevos derechos para ser captados en la obra artificial de embalse, pues todo el sector de acopio de las aguas, esto es, el embalse, no está disponible para que la autoridad cree nuevos derechos de aguas, pues es una obra artificial que depende sólo de la operación legítima del titular de tales derechos.

4º Ni siquiera un acuerdo entre las partes posibilitaría la creación de unos derechos de

aguas en estas condiciones, pues tal hecho infringiría disposiciones centrales del derecho de aguas, originando derechos viciados, en razón de no decir relación con aguas disponibles, pues sólo se encuentran disponibles las aguas de fuentes naturales o de obras estatales de desarrollo del recurso, en cuyo caso no se encuentran las aguas acopiadas en una fuente artificial. Adicionalmente, resulta absurdo pretender establecer como punto de captación un lugar geográfico que en este momento se encuentra inundado por el embalse xx, y que ya perdió fáctica y jurídicamente su condición de "orilla" o "ribera" de río, pasando a ser "fondo de embalse".

A mi juicio, en caso de que exista disponibilidad de aguas, el derecho debe otorgarse para ser captado antes del nacimiento del embalse o después del punto de restitución del actual operador de la central hidroeléctrica.